



Tati Rivoire

GUARDA COMPARTILHADA: aspectos teóricos e práticos*

Suzana Borges Viegas de Lima

*Conferência proferida no "III Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF – Família, Lei e Jurisdição", realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Distrito Federal, entre os dias 22 e 26 de maio de 2006, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 22-26, jul./set. 2006

RESUMO

Conceitua o regime da guarda compartilhada, visando eliminar imprecisões a respeito, bem como evitar preconceitos decorrentes da falta de informação acerca de sua utilização.

Alega que a escolha da modalidade de guarda deve obedecer ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, atendendo às especificidades de cada família, a fim de que o modelo escolhido seja colocado em prática, com sucesso.

Entende que a adoção do sistema da guarda compartilhada proporciona aos pais a possibilidade de participarem de forma ativa e equilibrada na educação e formação do menor que, por sua vez, se beneficiará da presença de ambos os genitores, indispensáveis para o seu desenvolvimento saudável. Apesar de ainda não ter havido a incorporação desse instituto ao nosso ordenamento jurídico, informa já existirem alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional pela sua positivação.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de Família; guarda – compartilhada, única, alternada; menor; pais; convivência familiar; autoridade parental.

1 INTRODUÇÃO

Ao tratar-se de guarda compartilhada, diversas são as reações que surgem, seja pelo interesse suscitado, seja pela confusão conceitual ou por mero desconhecimento dessa nova modalidade de guarda de filhos.

Em razão disso, é fundamental a tarefa dos profissionais do Direito de Família, de apreender o real significado da guarda compartilhada, para que possam transmitir à comunidade o seu verdadeiro sentido, de modo que ela seja compreendida em toda a sua extensão e corretamente aplicada. Com isso, busca-se afastar a imprecisão da noção de guarda compartilhada que se dissemina para, finalmente, eliminar o conflito conceitual e evitar os preconceitos em razão da falta de informação acerca de sua utilização.

Parafraseando o psiquiatra e psicanalista Sérgio Eduardo Nick: *o termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única*¹.

2 O EXERCÍCIO IGUALITÁRIO DA AUTORIDADE PARENTAL

Partindo da conceituação acima, cumpre analisar a guarda compartilhada do ponto de vista da participação direta dos pais na vida de seus filhos, após o rompimento do casal, pelo exercício igualitário da autoridade parental.

Num primeiro momento, a guarda compartilhada já revela uma vantagem sobre a guarda única, ou seja, aquela conferida a apenas um dos pais. Trata-se da possibilidade de pai e mãe, embora não mais unidos por vínculos afetivos ou legais, exercerem a autoridade parental de maneira eficaz e equilibrada, como acontece na constância do casamento ou da união estável.

Conforme o art. 1.632 do Código Civil, o rompimento do casal em nada altera a relação entre pais e filhos, senão quanto

ao direito que lhes cabe de terem os menores em sua companhia.

A interpretação desse artigo gera certa polêmica, pois alguns autores entendem que, após a separação, ambos os pais permanecem com igual titularidade e exercício da autoridade parental, enquanto outros opinam que apenas a titularidade se mantém intacta. Isso se deve ao fato de que, na prática, principalmente quando se adota o regime de guarda única, o exercício da autoridade parental pelo não-guardião sofre clara diminuição em sua intensidade, devido à distância dos filhos e à falta de comunicação efetiva com o ex-cônjuge ou companheiro.

(...) para que um tipo de guarda seja adequado ao interesse do menor, ele deve ser estabelecido conforme a realidade social e familiar dele, reunindo todas as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento.

Gustavo Tepedino socorre-nos para dirimir essa controvérsia, defendendo que, *no sistema brasileiro, a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado "poder familiar"*².

Nesse particular, filiamo-nos à corrente que sustenta a inalterabilidade do exercício da autoridade parental após a ruptura dos cônjuges. Mas é preciso registrar que isso somente é possível quando o ambiente familiar pós-separação ou pós-divórcio é propício ao diálogo e à participação igualitária de ambos os pais, elementos essenciais para a adoção e o sucesso da prática da guarda compartilhada. Do contrário, o exercício da autoridade parental por parte do não-detentor da guarda restringe-se a uma atuação distante e meramente fiscalizadora³.

Assim, se houver condições para tanto, a adoção do sistema da guarda compartilhada proporciona aos pais a possibilidade de participarem de forma ativa e equilibrada no processo de educação e formação dos filhos menores, que, por sua vez, serão beneficiários da presença física, afetiva e moral de ambos os genitores, indispensáveis para o seu desenvolvimento saudável.

Como síntese de nosso entendimento,

destacamos a posição de Paulo Lôbo, que incentiva a adoção dessa modalidade de guarda, ao afirmar: *a tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada ou da guarda alternada, enfim, da manutenção da co-parentalidade, de modo que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles*⁴.

Com a separação do casal, há um desdobramento da autoridade parental e, por consequência, da guarda, uma vez que esta é elemento da primeira.

Para que, na prática, o exercício da autoridade parental não seja suprimido da

figura do não-guardião, pela simples impossibilidade de colocá-la em prática, devido à distância do menor, torna-se necessário reavaliar o modelo tradicional que vigora no Direito brasileiro, o da guarda única, ou unilateral, normalmente concedida à mãe.

Com o avanço do Direito de Família nas últimas décadas, surge um espaço para o desenvolvimento dessa nova modalidade de guarda, incentivadora da participação equitativa dos pais no processo de criação, educação e desenvolvimento de seus filhos.

Assim, do ponto de vista do exercício da autoridade parental, a guarda compartilhada revela um cenário adequado para o desempenho equilibrado de direitos e deveres em benefício dos filhos, permitindo a ambos os pais participarem ativamente do processo de crescimento e formação dos menores. Ela torna mais efetiva a interação da figura não-detentora da guarda no cotidiano de seus filhos, eliminando o rótulo de visitante ou de mero provedor, freqüentemente imposto ao não-guardião.

Explicita acertadamente Giselda Hironaka, ao discorrer sobre o afeto, quando afirma que *conjugalidade e parentalidade* são expressões que nem

sempre caminham juntas⁵. Apesar da diferença conceitual, são situações interligadas entre si, dependendo do contexto familiar. Com isso, queremos acentuar que o fim da conjugalidade não implica, necessariamente, o fim da parentalidade. No entanto, na prática, lamentavelmente essas duas figuras acabam se separando ou se divorciando junto com o casal.

Após a ruptura dos pais, é possível, por meio da guarda compartilhada, conservar a parentalidade, que se transforma em co-parentalidade, expressão emprestada do Direito francês, denominada *coparentalité*⁶, permitindo que os pais detenham igualmente o exercício comum da autoridade parental, após a separação ou o divórcio.

3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao se avaliar a adoção de qualquer modalidade de guarda de filhos, é imperioso ter sempre como regra norteadora o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que eles ocupam a posição jurídica de sujeitos de direitos⁷ e não de meros objetos.

O mesmo ocorre com a guarda compartilhada. Sua adoção deve ser pautada, forçosamente, pelas reais necessidades dos menores envolvidos, necessidades que, por sua vez, sobrepõem-se aos interesses de seus pais, porquanto o interesse dos menores é o cerne da questão ora tratada. O bem-estar deles deverá ser garantido, passando quaisquer interesses relativos à conveniência dos pais para segundo plano. Assim, acima da conveniência dos pais, coloca-se o interesse dos filhos.

Cada caso concreto reveste-se de particularidades merecedoras de exame especial, assim, a escolha da modalidade de guarda a ser adotada deve obedecer, acima de tudo, ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como atender às especificidades de cada família, a fim de que o modelo escolhido possa ser colocado em prática, com sucesso.

A proposta da guarda compartilhada não traz consigo o intuito de generalizar seu uso em qualquer caso de separação. O sucesso dessa modalidade depende de vários aspectos: a harmonia entre os pais, a proximidade de suas residências, a comunicação eficaz (...)

Para que um tipo de guarda seja adequado ao interesse do menor, ele deve ser estabelecido conforme a realidade social e familiar dele, reunindo todas as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento.

Com ambiente propício à comunicação e ao exercício da co-parentalidade, a guarda compartilhada revela-se uma modalidade que leva à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois proporciona um maior convívio familiar, bem como a participação de ambos os pais na educação do menor, fator determinante para a preservação de seu bem-estar emocional.

4 TRATAMENTO JURÍDICO E IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada não está positivada em nosso

ordenamento jurídico. Contudo, vem sendo adotada com frequência nas varas de família, a requerimento das partes e por recomendação de magistrados e representantes do Ministério Público. Sua implementação independe de lei, porquanto o Código Civil, em seu art. 1.583, faculta aos pais adotarem a modalidade de guarda que melhor atenda ao interesse de seus filhos.

O citado artigo não faz menção expressa ao regime da guarda compartilhada, mas tampouco a proíbe, sendo a sua aplicação cada dia maior, principalmente quando nasce de um acordo. Esse é apenas um de seus fundamentos jurídicos que, juntamente com os princípios da convivência familiar e da dignidade humana, legitimam a sua adoção no Direito brasileiro.

O crescimento e o sucesso de tal modalidade de guarda, em um primeiro momento, dependem de fatores relevantes. O ideal é que sua implementação ocorra por consenso, seja por meio de um acordo prévio ou pela mediação, constituindo este um procedimento-chave na pacificação de conflitos de família, oportunidade em que o mediador poderá colocar em evidência as vantagens da guarda conjunta.

Paralelamente, sua adoção também depende de um processo de conscientização a ser promovido, em especial, pela comunidade jurídica, ou seja, advogados, juizes e promotores, podendo estes, na audiência de conciliação, explicitar às partes o seu real significado e vantagens, incentivando sua utilização.

A guarda compartilhada é uma alternativa que se soma às demais formas de guarda, não devendo ser introduzida em exclusão aos regimes já existentes. Todo caso deve ser analisado cuidadosamente, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois cada família possui características particulares, não sendo recomendável seja um regime posto.

A sua eventual imposição vai de encontro a um obstáculo quase que intransponível: a vontade dos pais. Uma das recomendações essenciais para a prática da guarda compartilhada é a convergência de vontade dos pais para a realização do melhor interesse dos filhos. Para isso, é imperioso deixarem de lado suas diferenças e mágoas, tarefa árdua, muitas vezes impossível. Cada qual precisa do seu tempo para superar o trauma da separação, o que varia de indivíduo para indivíduo.

Assim, é necessário aceitar que alguns pais não estão preparados psicologicamente para assumir a co-responsabilidade de seus filhos, após um doloroso rompimento. Outros encaram a situação serenamente, com maturidade e sempre pensando no benefício das crianças.

No entanto, há quem entenda que a imposição do regime da guarda compartilhada por meio de decisão judicial possa levar os pais forçosamente a superarem suas diferenças e atitudes beligerantes, em prol dos filhos. É solução que vemos com certa restrição, pois, para ser bem-sucedida, a guarda compartilhada deve ser instalada em ambiente propício, onde exista um mínimo de consenso, em lugar do ânimo belicoso.

5 ESPECIFICIDADES DA GUARDA COMPARTILHADA

Conforme ressaltamos no início, há certa confusão e equívoco conceitual a respeito da guarda compartilhada. É comum depararmos com o emprego da expressão “guarda compartilhada” quando se fala em “guarda alternada”, modalidade diversa desta de que ora se trata.

Indispensável esclarecer que tais expressões não se confundem. A guarda alternada traduz-se no revezamento dos filhos entre a casa da mãe e a do pai, durante períodos preestabelecidos, podendo a alternância constituir-se de semanas, meses, ou até anos. Enquanto um dos pais detém a guarda no período que lhe cabe estar com o menor, ao outro é dado o direito de visitas.

É um regime cuja implementação tem revelado certo grau de rejeição nos juízos de família, uma vez que a criança necessita de um referencial, sua residência, em torno da qual desenvolve sua rotina diária. Os psicólogos denominam esse fato de “porto seguro” do menor.

A maior parte da doutrina, seja no âmbito do Direito de Família seja no campo da psicologia, bem como a jurisprudência, coincide no entendimento de que a guarda alternada é inadequada⁸, provocando no menor instabilidade emocional, por representar, em realidade, uma espécie de guarda única, em períodos alternados. Assim, durante os períodos de alternância, cada um dos pais exerce a guarda única, em contraposição ao direito de visitas, conferido ao outro.

Chega-se assim à questão da residência na guarda compartilhada. Onde residirão os menores? Em nosso entendimento, a fixação da residência única é fundamental para que a rotina diária do menor seja preservada. Nela se encontra seu cotidiano, onde desenvolve as atividades escolares e sociais. Desse modo, a residência permanente com um dos pais é elemento indispensável para a preservação dos hábitos e da estabilidade emocional da criança, que terá um referencial contínuo, a sua casa.

Isso não exclui a possibilidade de o não-guardião manter estrutura similar em sua residência, na medida do possível, onde poderá ser destacado um espaço para o menor, semelhante ao que possui, tornando as visitas cada vez mais acolhedoras.

Assim, ao genitor com quem reside a criança caberá tanto a guarda física desta como a guarda jurídica, as quais lhe conferem o poder de decisão referente às questões do dia-a-dia do menor, bem como o poder de decisão relacionado a aspectos mais significativos, como educação, compreendida em seu sentido amplo, abrangendo a educação formal, moral e religiosa.

Por sua vez, a mãe ou o pai não-guardião detém igualmente a guarda jurídica,

que, no regime da guarda compartilhada, permite-lhe exercer os direitos e cumprir os deveres decorrentes da autoridade parental, de maneira ativa e direta, bem como participar das decisões de maior relevância, tal como o guarda.

A proposta da guarda compartilhada não traz consigo o intuito de generalizar seu uso em qualquer caso de separação. O sucesso dessa modalidade depende de vários aspectos: a harmonia entre os pais, a proximidade de suas residências, a comunicação eficaz e a manifestação de vontade de ambos quanto à adoção do regime da guarda compartilhada, a qual não significa a mera “flexibilização da regulamentação de visitas”. A guarda compartilhada incentiva a preservação dos laços afetivos pela convivência contínua. Dizer que na guarda compartilhada há um simples aumento do número de visitas é uma concepção equivocada, idéia talvez decorrente da fixação de residência única para o menor.

A convivência com o não-guardião resulta mais frequente e flexível, permitindo que ele continue a desempenhar um papel significativo no cotidiano de seus filhos, dotando-o de poder decisório nas questões relativas à educação e ao desenvolvimento deles, juntamente com o guardião.

Igualmente, no regime da guarda compartilhada, não há o chamado “trânsito livre” dos ex-cônjuges ou ex-companheiros na residência do outro. Para que haja êxito nessa modalidade de guarda, é indispensável que os pais respeitem, reciprocamente, o espaço de cada um, sua intimidade, inclusive a de suas famílias reconstituídas. Assim, a guarda compartilhada não pode servir de instrumento de invasão de privacidade de pais separados, muito menos prestar-se para fins não-condizentes com o melhor interesse dos filhos.

(...) a guarda compartilhada não pode servir de instrumento de invasão de privacidade de pais separados, muito menos prestar-se para fins não-condizentes com o melhor interesse dos filhos.

Apesar de se tratar de sistema que propicia amplo convívio entre pais e filhos, baseado na comunicação e na informalidade, deverão ser observadas regras básicas, de maneira a preservar a boa convivência na constância da co-parentalidade, indispensável para a preservação do bem-estar da criança e do adolescente.

Portanto, sem prejuízo da maleabilidade implícita no regime da guarda compartilhada, deverá ser estabelecido previamente um regime de convivência com regras elásticas. Isso inclui a possibilidade de o não-guardião buscar o filho na escola, levar o menor para pernoite em dias de semana, bem como realizar visitas mais frequentes nos fins de semana, evitando o distanciamento afetivo causado por um eventual contato escasso entre pais e filhos. Assim, é possível estabelecer contatos contínuos com o não-guardião, desde que sem prejuízo das atividades do menor.

Com isso, o estabelecimento de uma rotina é primordial, de maneira a permitir que os pais planejem suas atividades considerando as visitas dos filhos, férias, atividades escolares e extracurriculares do cotidiano, possibilitando a conciliação de tais fatores com sua vida pessoal.

6 A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família, em nossa Constituição Federal, é imposto expressamente, no *caput* do art. 227, o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a convivência familiar. Portanto, temos o fundamento constitucional da guarda compartilhada, que, acima de tudo, é modalidade que estimula a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, principalmente considerando que ambos não são obrigados a se separar.

Por sua vez, o não-guardião passa a ter maior convivência com o menor, possibilitando o estabelecimento de um regime de convívio amplo. Não se trata de dividir o tempo da criança entre as duas casas, como ocorre na guarda alternada, mas viabilizar que ela passe mais tempo em companhia do pai ou mãe com quem não reside.

Assim, sob a ótica da convivência familiar, além da atuação direta e efetiva de ambos os pais na educação e criação do filho, a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços afetivos decorrentes desse convívio. Tal permite uma maior aproximação do menor com a figura do não-guardião, o que, sem

dúvida, conduz à realização do melhor interesse dos filhos de pais separados.

Nessa modalidade, o menor não é privado da figura de um dos pais, ambos fundamentais para o seu desenvolvimento educacional, psicológico e social, eliminando o “pai de fim de semana”, personagem comum nas famílias que adotam o regime da guarda única.

7 CONCLUSÃO

Pela adoção do modelo da guarda compartilhada, minimizam-se os traumas porventura decorrentes do desmembramento da família, que, embora tome nova feição, permite aos menores crescerem em contato tanto com a figura materna quanto com a paterna, essenciais para a sua formação. Assim, evitam-se as crises de lealdade dos filhos com relação aos pais, bem como reduz-se significativamente a ocorrência da síndrome da alienação parental, com alta incidência no regime da guarda única.

Para concluir, é necessário distinguir o plano ideal do plano real. A guarda compartilhada, embora já a caminho de uma aplicação cada vez mais freqüente, merece ser incorporada formalmente ao nosso ordenamento jurídico, já havendo alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional pela sua positivação⁹.

Enquanto tal não se concretiza, a guarda compartilhada deve ser incentivada por todos os profissionais do Direito, que devem ponderar suas vantagens e desvantagens em cada caso, aplicando-a sempre que possível, pois ela é, sem dúvida, um dos maiores instrumentos de preservação da convivência familiar e dos laços afetivos capazes de proteger aqueles pequenos seres, as crianças, que, pelo destino, são subtraídas do convívio de pessoas tão importantes: seus pais.

REFERÊNCIAS

- 1 NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977. p. 135.
- 2 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 183.
- 3 O art. 1.589 do Código Civil é claro ao instituir, em favor do não-guardião, o direito de visitas, e nessa qualidade somente lhe é assegurada a possibilidade de fiscalizar a manutenção e a educação do menor, uma vez que não participa ativamente da tomada de decisões acerca de sua educação. Fiscalizar não equivale a participar, portanto, resta apenas ao não-guardião recorrer ao juiz, caso discorde das decisões tomadas pelo guardião nesse âmbito.
- 4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693, v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 200.
- 5 HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. Peixes e afeto: um devaneio acerca da Ética no Direito de Família. In: *Encontro de Direito de Família*, 3, 2006, Brasília. Anais... Brasília: IBDFAM, 2006.
- 6 MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La famille*. Paris: Defrénois, 2003. p. 500.
- 7 Tânia da Silva Pereira manifesta claramente o entendimento de que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança está intimamente ligada ao reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, levando-se em consideração a sua condição especial de seres em desenvolvimento que, por sua vez, gozam de proteção especial. O melhor interesse da criança. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Tânia da Silva Pereira (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 28.

8 Nesse sentido, Marcial Barreto Casabona, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles e Armando Leandro.

9 PL. n. 6.315/02 e PL. n. 6.350/02.

ABSTRACT

The authoress defines the institute of shared custody with a view to eliminating misunderstandings concerning the subject, as well as avoiding prejudices arising from the lack of information about its use.

She alleges that the option for this type of custody should obey the principle of both the child's and the adolescent's best interest, according to each family's structure, so that the chosen model be put in practice successfully.

Besides, she understands that the adoption of shared custody allows parents to actively and balancedly participate in the minor's education and training, and in turn, the child will benefit from the presence of both parents, who are indispensable to his/her healthy development.

At last, she informs that, although the insertion of this institute into our legal system has not happened yet, there are some bills underway, for its approval, in the National Congress.

KEYWORDS

Family Law; shared, unique, alternate – custody; minor; parents; family relationship; parental authority.

Suzana Borges Viegas de Lima é advogada e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em Brasília-DF.